

VU Research Portal

De betekenis van de jaarrekening bij uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden bij de BV

van Veen, W.J.M.

published in

Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2015). De betekenis van de jaarrekening bij uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden bij de BV. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2015(1), 19-26.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De betekenis van de jaarrekening bij uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden bij de B.V.

Voor de B.V. bepaalt de wet niet langer dat slechts winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening (onvoorwaardelijk) kan worden uitgekeerd. De betekenis van de jaarrekening bij uitkeringen is bij de B.V. daardoor een andere dan onder de voorheen geldende regeling. Ook de regeling betreffende de besluitvorming omtrent uitkeringen is veranderd. In deze beschouwing staat de vraag centraal wat nog de betekenis is van (de vaststelling van) de jaarrekening bij uitkeringen door een B.V.



1. Inleiding¹

In de literatuur is al veel geschreven over de inmiddels niet meer zo nieuwe regeling voor de B.V. betreffende uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden.² De nadruk ligt hierbij overwegend op de positie van het bestuur en de door hem uit te voeren uitkerings-toets. In deze beschouwing staat de vraag centraal wat in het kader van de nieuwe regeling de betekenis is van de vaststelling van de jaarrekening en de vastgestelde jaarrekening bij uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden. De (aansprakelijkheids)positie van bestuurders en de uitkeringstoets komen slechts zijdelings aan de orde.

Deze bedoelde regeling is opgenomen in art. 2:216 BW.³ Voor deze beschouwing zijn vooral lid 1 en 2 van art. 2:216 BW relevant. Deze luiden:

‘1. De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De statuten kunnen de bevoegdheden bedoeld in de eerste zin beperken of toekennen aan een ander orgaan.

2. Een besluit dat strekt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert slechts de goedkeuring indien het weet

of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.’

Minder opvallend, maar daarom niet minder relevant is dat de wet niet langer imperatief bepaalt dat uitkering van winst geschiedt na vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is (art. 2:216 lid 3 BW oud). De betekenis van de jaarrekening bij uitkeringen door de B.V. is kennelijk een andere dan onder de voorheen geldende regeling. Daarbij komt dat ook de besluitvorming omtrent uitkeringen is veranderd. Anders dan onder de oude regeling zijn nu als regel twee besluiten nodig. Een besluit tot uitkering van de algemene vergadering (of indien de statuten dit bepalen een ander orgaan) en een goedkeuring door het bestuur. De vraag naar de betekenis van de jaarrekening is bij beide besluiten aan de orde.

Aangezien de wet een onderscheid maakt tussen de bevoegdheid tot bestemming van de winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening en de bevoegdheid tot vaststelling van (andere) uitkeringen, volg ik dit onderscheid. Nadat ik in par. 2 nader op dit onderscheid ben ingegaan, bespreek ik in par. 3 de uitkering van winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening en in par. 4 de andere – ‘tussentijdse’ – uitkeringen.

* Prof. mr. W.J.M. van Veen is hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Vrije Universiteit Amsterdam, special counsel Ondernemingsrecht Baker & McKenzie Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) en redacteur van dit tijdschrift.

1. Deze bijdrage zal tevens verschijnen in: P.M. van der Zanden e.a., *Vereniging Jaarrekeningrecht – Bundel 2014/2015*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015.
2. Zie o.m. J.B. Huizink, ‘Art. 2:216 volgens het wetsontwerp Flex-BV, niet doen!’, *TvOB* 2012/8, p. 28; W.J.M. van Veen, ‘Vermogensbescherming bij de flex-BV: back to basics!’, *TvOB* 2012, afl. 2, p. 28; W.J.M. van Veen, ‘Controverses rond bestuurdersaansprakelijkheid. Leidt art. 2:216 BW tot wijziging van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders?’, *Ondernemingsrecht* 2013/80, p. 408/409; H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, ‘De BV uit de steigers! Gewijzigd systeem van crediteurenbescherming bij de BV en de daaraan verbonden gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2012/116, p. 631; M.L. Lennarts, ‘Het nieuwe art. 2:216 BW: de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico’, *TvOB* 2012, afl. 6, p. 181 e.v.; J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014.
3. De systematiek ten aanzien van de geoorloofdheid van uitkeringen, geldt in grote lijnen ook ten aanzien van inkoop van aandelen en terugbetaling van kapitaal. Zie art. 2:207 lid 2 resp. art. 2:208 lid 6 BW. Ten behoeve van de overzichtelijkheid ga ik op deze twee figuren niet separaat in.

2. Vaststelling van de jaarrekening en bestemming van de daaruit blijvende winst versus besluiten tot uitkering van winst of reserves

Art. 2:216 lid 1 BW bepaalt dat de algemene vergadering bevoegd is tot het bestemmen van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald. In de voorheen geldende regeling – die overigens nog steeds geldt voor de N.V. – zou behoudens een andersluidende statutaire regeling, door het vaststellen van de jaarrekening een vordering ontstaan tot uitkering van de vastgestelde winst. Het recht op dividend zou alsdan ontstaan door het vaststellen van de jaarrekening.⁴ Zie over deze figuur naar huidig B.V.-recht nader par. 3.3.

Aangezien in de praktijk veelal van deze regel werd afgeweken, heeft de wetgever als uitgangspunt genomen dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst die door vaststelling van de jaarrekening is bepaald. Hiermee is beoogd aan te sluiten bij de praktijk.⁵ Indien de algemene vergadering de winst of een bepaald deel daarvan bestemt om te worden uitgekeerd, dan is dit tevens een besluit tot uitkering, aldus de memorie van toelichting.⁶ Een besluit omtrent de bestemming van de winst kan derhalve een besluit tot uitkering zijn, maar behoeft dat niet te zijn; de winst kan ook (deels) worden gereserveerd.

Gezien deze achtergrond heeft de wetgever naar ik meen met de regeling omtrent de bevoegdheid tot bestemming van de winst die door de jaarrekening is bepaald, de situatie voor ogen gestaan dat in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening wordt besloten over de bestemming van de winst. Dit kan, zoals gezegd, een besluit tot uitkering van winst behelzen. Overigens kan, naar ik meen, een besluit tot uitkering van reserves eveneens in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening worden genomen. Dit is het geval indien met het voorstel tot vaststelling van de jaarrekening een voorstel wordt gedaan tot een uitkering ten laste van een of meer reserves.

Daarnaast is de algemene vergadering in beginsel bevoegd te besluiten tot andere uitkeringen. Dit komt tot uitdrukking in de woorden ‘en tot vaststelling van uitkeringen’ in de eerste frase van art. 2:216 lid 1 BW. Deze andere uitkeringen betreffen uitkeringen ten laste van reserves⁷ of winst die niet blijkt uit een vastgestelde jaarrekening.⁸ Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat indien de vennootschap niet verplicht is reserves aan te houden, zelfs toekomstige winst vatbaar is voor uitkering.⁹

Met betrekking tot uitkeringen in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening doet zich de bijzonderheid voor dat de voorgestelde balans het vermogen mag

weergeven zoals het wordt vastgesteld met inachtneming van (het voorstel omtrent) de bestemming van de winst of de verwerking van het verlies (art. 2:392 lid 2 BW). Dit heeft als voordeel dat uit de voorgestelde jaarrekening het gevolg van de voorgestelde winstverdeling c.q. uitkering op de solvabiliteit en de liquiditeit kan worden beoordeeld. In relatie tot het nieuwe art. 2:216 BW roept dit evenwel vragen op indien de algemene vergadering een door het bestuur gedaan voorstel niet wil volgen. Zie hierna par. 3.1.

3. Besluiten tot uitkering in samenhang met vaststelling van de jaarrekening

3.1. Het besluit tot uitkering en de jaarrekening

De algemene vergadering is bevoegd tot vaststelling van de jaarrekening (art. 2:210 lid 3 BW) en zoals hierboven beschreven, de bestemming van de winst die daardoor is bepaald. Dit is overigens regelend recht. De bevoegdheid tot winstbestemming kan ook aan een ander orgaan worden toegekend. Voor de navolgende analyse is dat echter niet relevant. De wat exotische situatie dat de statuten bepalen dat de winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening zal worden uitgekeerd, komt hierna in par. 3.3 aan de orde.¹⁰ Wordt de winst niet bestemd tot uitkering, dan zal de winst worden toegevoegd aan een reserve. In een later stadium kan worden besloten tot een uitkering ten laste van deze reserve. Dit kan tussentijds, waarover hierna par. 4, of ook weer in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening over een later boekjaar (zie par. 2).

Bij een besluit tot uitkering dient de begrenzing van art. 2:216 lid 1 BW in acht te worden genomen. Indien de vennootschap op grond van de wet of haar statuten reserves dient aan te houden, kan slechts tot uitkering worden besloten voor zover het eigen vermogen groter is dan het bedrag van deze reserves. Een besluit tot uitkering in strijd met dit voorschrift is nietig wegens strijd met de wet (art. 2:14 lid 1 BW). Een hierop gebaseerde uitkering geldt als onverschuldigd betaald en dient derhalve aan de vennootschap te worden terugbetaald (art. 6:203 BW e.v.).¹¹ Het maakt in dit verband geen verschil of het een uitkering van winst of een uitkering ten laste van reserves betreft. De bedoelde uitkeringsrestrictie geldt voor elk type uitkering. Is het besluit tot uitkering nietig, dan is (rechtens relevante) goedkeuring hiervan niet aan de orde. Indien de vennootschap geen wettelijk of statutair gebonden reserves dient aan te houden, blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis dat er geen aan de omvang van het eigen vermogen gerelateerde uitkeringsrestricties zijn. De wet laat toe – zo wordt aangenomen – dat ook ‘uitkeringen’ kunnen worden gedaan die het eigen vermogen

4. Hof Amsterdam 4 juni 1946, te kennen uit HR 18 maart 1956, NJ 1956/322. In gelijke zin, *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 69.

5. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 68.

6. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 68.

7. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 30 en 70.

8. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 70.

9. Zie hierover in kritische zin P.M. van der Zanden & W.J.M. van Veen, ‘Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de B.V.: een verkenning’, *TvOB* 2014, afl. 1, p. 29-40, m.n. p. 34-35.

10. De regeling dat de winst overeenkomstig een statutaire regeling wordt gereserveerd, behoeft geen bespreking in dit kader, omdat dit geen besluit tot uitkering betreft.

11. Het besluit zou dan volgens de minister bovendien niet vatbaar zijn voor bekrachtiging. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, E, p. 14.

te boven gaan.¹² Hoewel de figuur van de uitkering die het eigen vermogen te boven gaat wettelijk niet verboden is, roept zij wel veel vragen op. In het bestek van deze bijdrage kan ik hier niet nader op ingaan. Voor wat betreft het jaarrekeningenrecht mag wellicht worden vermeld dat een dergelijke 'uitkering' het best verantwoord kan worden als 'tekort nog aan te zuiveren uit toekomstig te realiseren winsten'.¹³

In het kader van deze bijdrage is relevant wat de betekenis is van de vastgestelde jaarrekening bij de beoordeling van de geldigheid van het besluit tot uitkering en bij het verlenen van de goedkeuring aan de uitkering door het bestuur. Deze laatste vraag komt aan de orde in de volgende paragraaf (par. 3.2). De kwestie betreffende de geldigheid van de uitkering speelt onder de nieuwe regeling indien de vennootschap gebonden reserves kent. De voorliggende vraag is of ter beoordeling van het besluit tot uitkering moet worden uitgegaan van de vastgestelde jaarrekening of dat hiertoe ook een andere vermogensopstelling van later datum mag worden gehanteerd.

Deze vraag komt op omdat, zoals in par. 4 aan de orde zal komen, bij het doen van uitkeringen niet zonder meer de laatstvastgestelde jaarrekening bepalend is maar dat de toelaatbaarheid van een uitkering ook aan de hand van een latere vermogensopstelling kan worden beoordeeld. Wanneer het gaat om een besluit tot uitkering van de winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening, kan dit echter naar ik meen niet worden aangenomen. De bestemming van de winst is dan zozeer verweven met de vastgestelde jaarrekening dat de geldigheid van een besluit tot uitkering niet daarmee in strijd kan zijn.¹⁴ Ditzelfde geldt naar mijn mening met betrekking tot een uitkering ten laste van een reserve in de (ter vaststelling voorgelegde) jaarrekening.¹⁵

Hiermee heb ik niet gezegd willen hebben dat de algemene vergadering geen van het voorstel afwijkend besluit mag nemen. Aangezien de bevoegdheid tot bestemming van de winst toekomt aan de algemene vergadering, meen ik dat de algemene vergadering in beginsel bevoegd is om van het voorstel af te wijken, zij het onder respectering van de uit de jaarrekening blijvende gebonden reserves. Indien de algemene vergadering op basis van haar bevoegdheid tot bestemming van de winst een groter deel van de winst wil reserveren dan het bestuur voor ogen staat,¹⁶ dan zal het bestuur aan het besluit van de algemene ver-

gadering opvolging moeten geven.¹⁷ Indien de algemene vergadering een groter deel van de winst zou willen uitkeren, dan is dit besluit onderworpen aan goedkeuring door het bestuur. Zie hierover par. 3.2.

Geheel zonder complicaties is het nemen van een van het voorstel afwijkend besluit overigens niet indien de voorgestelde winstbestemming al in de ter goedkeuring voorgelegde jaarrekening mocht zijn verwerkt.¹⁸ Een van het voorstel tot winstbestemming afwijkend besluit heeft dan immers ook gevolgen voor de ter vaststelling voorgelegde jaarrekening. Zowel indien de algemene vergadering besluit tot het reserveren van een groter deel van de winst dan het bestuur voorstelt als wanneer de algemene vergadering zou besluiten tot uitkering van een groter deel van de winst, moeten alsdan aanpassingen van de voorliggende jaarrekening plaatsvinden.

De vervolgvraag is of de algemene vergadering bevoegd is om de desbetreffende posten in de jaarrekening aan te passen. Over deze bevoegdheid bestaat enige discussie die verband houdt met de uitleg van het begrip vaststelling. Volgt hieruit dat de algemene vergadering bevoegd is om de voorgestelde jaarrekening gewijzigd vast te stellen of moet 'vaststelling' worden begrepen als goedkeuring, in die zin dat de algemene vergadering slechts kan weigeren om de voorgestelde jaarrekening vast te stellen, maar hierin niet zelfstandig wijzigingen kan aanbrengen?¹⁹

Naar ik meen is vaststellen wat anders dan goedkeuren, maar dit terzijde. Afgezien hiervan ben ik van mening dat de bevoegdheid van de algemene vergadering om de winst te bestemmen, meebrengt dat zij van het voorstel van het bestuur kan afwijken en daarmee in beginsel ook de jaarrekening op dit punt gewijzigd kan vaststellen. In beginsel. Want indien de algemene vergadering mocht besluiten tot uitkering van een groter deel van de winst dan in het voorstel van het bestuur was voorzien, behoeft een dergelijk besluit de goedkeuring van het bestuur op grond van art. 2:216 lid 2 BW. Verleent het bestuur de goedkeuring niet, dan verkrijgt het besluit tot uitkering geen rechtskracht, aldus art. 2:216 BW. En heeft dit besluit geen rechtskracht, dan is er geen grond om de voorgelegde jaarrekening op dit punt aan te passen. Mocht de algemene vergadering desondanks besluiten tot aanpassing van de jaarrekening in die zin dat daarin de door haar gewenste maar door het bestuur geweigerde winstuitkering is verwerkt, dan ligt het mijns inziens – onverminderd de bevoegdheid van anderen daartoe – op de

12. Zie o.m. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 28, 29. *Kamerstukken II* 2007/08, 31058, 6, p. 50; *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 14.

13. Zie nader over deze figuur: P.M. van der Zanden & W.J.M. van Veen, a.w. (noot 9), p. 29-40.

14. Men zie in dit verband ook art. 2:392 lid 2 jo. art. 2:393 lid 1 onderdeel c BW, waarin is bepaald dat het voorstel tot bestemming van de winst niet mag afwijken van de jaarrekening en het jaarverslag.

15. De implicatie hiervan is dat indien het besluit nietig is wegens strijdigheid met de gebonden reserves, een nieuw besluit tot uitkering dient plaats te vinden dat in overeenstemming is met de jaarrekening. Denkbaar is ook een nieuw besluit tot uitkering op basis van een nieuwe, meer recente vermogensopstelling met inachtneming van de per de datum van die vermogensopstelling aanwezige gebonden reserves. Zie nader par. 4.

16. Terzijde merk ik op dat de algemene vergadering deze bevoegdheid naar ik meen als regel ook heeft in het geval dat het bestuur statutair bevoegd is een deel van de winst te reserveren, maar de algemene vergadering meer wenst te reserveren.

17. Ik laat even buiten beschouwing of het bestuur onder omstandigheden – bijvoorbeeld indien in een overeenkomst tussen de aandeelhouders afspraken zijn gemaakt over dividendbeleid en het besluit strijdig is met deze afspraken – initiatieven zou moeten ontplooiën om tot een ander besluit te komen. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (*Cancun*).

18. Terzijde merk ik op dat dit ook zal gelden voor een voorstel tot uitkering ten laste van reserves, indien dat voorstel wordt gedaan in samenhang met vaststelling van de jaarrekening.

19. Zie hierover o.m. H. Beckman & L. Timmerman, 'Vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening', *Ondernemingsrecht* 2002, afl. 8, p. 227 e.v.

weg van de vennootschap om – desnoods door middel van de jaarrekeningenprocedure – een correctie te bewerkstelligen (art. 2:447 BW e.v.).

Zou de algemene vergadering besluiten tot reservering van een groter deel van de winst dan het bestuur had voorgesteld, dan speelt deze kwestie niet en kan de algemene vergadering de jaarrekening dienovereenkomstig vaststellen.

3.2. Goedkeuring van de uitkering door het bestuur en de jaarrekening

Een besluit tot uitkering sorteert zoals gezegd, niet onmiddellijk effect. Uit art. 2:216 lid 2 BW blijkt dat hiertoe is vereist dat het bestuur goedkeuring verleent aan het besluit. Voor de goede orde meld ik dat dit ook geldt indien niet de algemene vergadering maar een ander orgaan bevoegd zou zijn te besluiten tot uitkering van de winst. De vereiste goedkeuring van het bestuur roept in relatie tot de uitkeringen die worden gedaan in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening een aantal interessante vragen op. Een van die vragen is of het bestuur separaat goedkeuring dient te verlenen aan het besluit tot uitkering. Deze vraag komt op omdat het bestuur het voorstel tot vaststelling van de jaarrekening aan de algemene vergadering voorlegt en daarbij tevens een voorstel moet doen tot bestemming van de winst (art. 2:392 lid 1 onderdeel c BW).²⁰ Dit voorstel mag niet afwijken van de jaarrekening en het jaarverslag (art. 2:392 lid 2 BW). De te beantwoorden vraag is of het bestuur door het voorstel aldus te doen niet reeds zijn goedkeuring aan de uitkering heeft verleend. In dit verband is relevant dat de goedkeuring geen expliciet besluit vergt. Zij kan ook besloten liggen in bepaalde gedragingen zoals het verrichten van de uitkering.²¹ De goedkeuring zou derhalve ook kunnen liggen in het voorstel tot uitkering dat aan de algemene vergadering is gedaan.

Deze kwestie is onder meer van belang voor het antwoord op de vraag wanneer het besluit tot uitkering effectief wordt en daarmee het moment waarop het vorderingsrecht voor de aandeelhouders ontstaat.²² Hierover kan gemakkelijk verwarring ontstaan. Dat komt omdat de wet spreekt van goedkeuring door het bestuur, terwijl in de parlementaire geschiedenis de nadruk wordt gelegd op de – overigens niet in de wet genoemde – uitkeringstoets die geacht wordt aan de goedkeuring ten grondslag te liggen. De uitkeringstoets dient in beginsel te geschieden op het moment van de uitkering, zo blijkt uit de parlementaire behandeling.²³ Uit de toelichting blijkt dat de minister van mening is dat het bestuur een eenmaal gegeven goedkeuring onder omstandigheden moet intrekken. Dit is het geval indien op het moment van de uitkering naar de mening van het bestuur betalingsonmacht

dreigt. Een goedkeuring is – aldus de toelichting – steeds een voorwaardelijke.²⁴

In de kern draait deze kwestie om de verhouding tussen de goedkeuring van het besluit tot uitkering en het uitgangspunt dat het bestuur geacht wordt op het moment van de uitkering te beoordelen of de uitkering (nog) verantwoord is. Moet dit aldus worden begrepen dat de goedkeuring pas effectief wordt op het moment van de uitkering, zijnde het moment waarop het bestuur geacht wordt te hebben beoordeeld dat de uitkering verantwoord is? Zou men deze opvatting volgen, dan zou dit betekenen dat er geen recht op uitkering bestaat dan op het moment dat de uitkering daadwerkelijk wordt verricht. De goedkeuring is immers een voorwaarde voor de rechtskracht van het besluit tot uitkering en daarmee voor het ontstaan van een recht op uitkering.

Dit is echter naar ik meen niet de juiste benadering. Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen de goedkeuring en de normen die het bestuur bij het al dan niet verlenen daarvan en (nogmaals) bij het verrichten van de uitkering in acht dient te nemen. Uit de wet en de toelichting blijkt dat schending van deze normen door het bestuur er niet toe leidt dat de goedkeuring geacht wordt te ontbreken noch dat de goedkeuring of de uitkering ongeldig zijn:²⁵ de sanctie die de wet daarop stelt is aansprakelijkheid van de desbetreffende bestuurders en in voorkomende gevallen aandeelhouders voor het door de uitkering ontstane tekort (zie art. 2:216 lid 3 BW).

De goedkeuring en de vereiste uitkeringstoets kunnen derhalve niet worden vereenzelvigd. Het bestuur dient alvorens hij goedkeuring verleent, een deugdelijke uitkeringstoets uit te voeren. Dat wordt hij verondersteld nogmaals te doen op het moment van de uitkering, hetgeen hem er in voorkomende gevallen toe kan nopen om de goedkeuring in te trekken. Laat hij dit alles na, dan doet dit aan de verleende goedkeuring niet af, ook niet indien de uitkering – achteraf – niet had mogen plaatsvinden.

Concluderend wordt het besluit tot uitkering effectief op het moment van goedkeuring van de uitkering door het bestuur. Blijkens de toelichting is aan de wettelijke regeling inherent dat het bestuur een eventueel verleende goedkeuring moet intrekken indien hij enige tijd na het verlenen van de goedkeuring de uitkering wil verrichten en dan constateert dat de uitkering onverantwoord is. Dit laat onverlet dat tot die intrekking het besluit tot uitkering effectief, en de uitkering opeisbaar is geworden en dat daarvan voldoening kan worden verlangd of in voorkomende gevallen door middel van verrekening of hetgeen in het MKB bepaald niet ongebruikelijk is, boeking in rekening-courant, kan worden gerealiseerd. Het voorwaardelijke karakter van de goedkeuring moet aldus worden begrepen dat op basis van een verleende goedkeuring uitkeringen kunnen plaatsvinden, totdat de goedkeu-

20. Dit geldt ook voor de verwerking van een verlies. Indien de bestemming reeds vaststaat, bijvoorbeeld omdat dit uit de statuten volgt, dient opgave te worden gedaan van de bestemming van de winst of de verwerking van het verlies.

21. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 11.

22. Dividend wordt aangemerkt als een burgerlijke vrucht in de zin van art. 3:9 BW. Het recht op uitkering van dividend wordt een zelfstandig recht op het moment van opeisbaar worden (art. 3:9 lid 4 BW).

23. *Kamerstukken II* 2011/12, 31058, 3, p. 29.

24. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 11.

25. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2011/12, 31058, 3, p. 71-73. Met uitzondering van de voorschriften omtrent de gebonden reserves, maar in dat geval is reeds het onderliggende besluit tot uitkering ongeldig.

ring eventueel wordt ingetrokken. Het ligt dan naar ik meen in de rede dat intrekking van de goedkeuring geen afbreuk doet aan voordien gedane uitkeringen.²⁶ Dit laat onverlet dat het bestuur bij het verlenen van de goedkeuring kan bepalen dat zij een voorlopig karakter heeft, in die zin dat de definitieve beoordeling zal plaatsvinden aan de hand van latere financiële gegevens. Zie hierover nader par. 4.

Het bovenstaande laat voorts onverlet dat in het besluit tot uitkering ten aanzien van de opeisbaarheid van de uitkering een voorbehoud (voorwaarde, tijdsbepaling) kan worden gemaakt.²⁷ Het recht op de uitkering wordt dan pas opeisbaar indien aan de desbetreffende voorwaarden is voldaan. Bij de B.V. (en besloten N.V.) is dit niet gebruikelijk maar niet ondenkbaar. Bij de uitkering van uitzonderlijk hoge bedragen zijn mij wel gevallen bekend waarin de vennootschap enkele dagen nodig dacht te hebben om het geld 'klaar te kunnen zetten' voor uitkering hetgeen aanleiding was om een voorbehoud ten aanzien van de opeisbaarheid te maken. Dit zou zich bijvoorbeeld ook kunnen voordoen indien de vennootschap geld moet lenen om de uitkering te kunnen doen. Ook dan geldt weer dat na het effectief worden van de goedkeuring moet worden aangenomen dat de goedkeuring alsnog kan worden ingetrokken indien de vennootschap, te beoordelen naar het moment van de uitkering, in betalingsonmacht dreigt te komen.

Ten aanzien van de uitkering in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening leidt het bovenstaande ertoe dat de aandeelhouders, naar ik meen, als regel uitkering van het dividend kunnen verlangen vanaf het moment van het vaststellen van de jaarrekening. Door de vaststelling van de jaarrekening en het besluit tot uitkering overeenkomstig het voorstel van het bestuur, wordt het dividend opeisbaar. Het lijkt mij althans een redelijke en voor de hand liggende waardering van de situatie dat indien het bestuur een voorstel tot uitkering doet, hierin tevens zijn goedkeuring besloten ligt. Indien de tijd die is verstreken tussen het opmaken van de jaarrekening en de vergadering waarin over de voorstellen van het bestuur moet worden besloten de situatie zodanig is gewijzigd dat de voorgestelde uitkering niet langer verantwoord is, dient het bestuur mijns inziens de algemene vergadering hierover te informeren en zijn voorstel betreffende de bestemming van de winst te amenderen. Dit kan door aanpassing van het bedrag van de uitkering of indien het

bestuur de situatie niet overziet, door reservering van de gehele winst.

Deze lijn volgend, brengt dit mee dat het bestuur geacht wordt (onmiddellijk) voorafgaand aan het voorstel tot uitkering de uitkeringstoets uit te voeren. Een interessante vraag is of het bestuur bij de afweging of het voorstel aan de algemene vergadering verantwoord is, mag afgaan op een goedkeurende accountantsverklaring. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit het geval is, behoudens indien zich sinds

'het vaststellen van de jaarrekening gebeurtenissen hebben voorgedaan die een risico vormen voor de continuïteit van de onderneming. Bepalend is immers het moment van uitkering.'²⁸

Een goedkeurende accountantsverklaring is in de ogen van de wetgever derhalve bepaald relevant.²⁹ Hierbij teken ik aan dat ik veronderstel dat dit ziet op de situatie waarin het voorstel tot uitkering is verwerkt in de ter vaststelling voorgelegde balans overeenkomstig art. 2:392 lid 2 BW. Overigens komt het mij redelijker voor dat het bestuur aan de accountsverklaring minder belang mag hechten indien zich *sinds de afgifte* daarvan gebeurtenissen hebben voorgedaan die een risico vormen voor de continuïteit van de vennootschap. Het *moment van vaststelling van de jaarrekening* lijkt mij in dit verband minder juist omdat de accountant met de ná de afgifte maar vóór vaststelling opgekomen gebeurtenissen geen rekening kon houden. Het bestuur kan dat wél, zodat van hem kan worden verwacht dat hij per de datum van vaststelling van de jaarrekening heeft beoordeeld of de uitkering verantwoord is.

Tot slot dan de situatie dat het bestuur genoopt is om een (al dan niet impliciet) verleende goedkeuring in te trekken. Dit zal moeten geschieden op basis van een geactualiseerde vermogensopstelling omdat, zoals gezegd, in beginsel het moment van uitkering bepalend is voor de uitvoering van de uitkeringstest. De vraag dringt zich op welke gegevens het bestuur hierbij in acht dient te nemen. Naar ik meen betreft dit uitsluitend de financiële gegevens die bij de uitkeringstoets in aanmerking dienen te worden genomen ter beoordeling van een eventuele dreiging van betalingsonmacht. Dit betreft in het bijzonder de solvabi-

26. Dit kan overigens tot vreemde situaties leiden. Zie W.J.M. van Veen, 'Controverses rond bestuurdersaansprakelijkheid. Leidt art. 2:216 BW tot wijziging van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders?', *Ondernemingsrecht* 2013, afl. 12, p. 410.

27. Dit zou men denk ik als een voorbehoud van betaalbaarstelling kunnen aanmerken. In de literatuur is wel geopperd dat 'betaalbaarstelling' altijd een voorwaarde zou zijn voor het ontstaan van een recht op uitkering. Zie Chr.M. Stokkermans, 'Onverantwoorde uitkeringen', *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 284. De wettelijke regeling kent echter alleen de goedkeuring en voorziet daarnaast niet in een andere beslissing of handeling van het bestuur – of wat er ook maar onder betaalbaarstelling moet worden begrepen in deze context – die voor het ontstaan van het recht op dividend vereist zou zijn. In de discussie over betaalbaarstelling lijkt bovendien sterk te zijn gedacht aan feitelijke uitbetaling van het dividend, terwijl boeking in rekening-courant beslist niet uitzonderlijk is. Ik meld nog dat de wetgever het bestuur niet de bevoegdheid heeft willen verlenen om de betaalbaarstelling te bepalen. Dit is kennelijk een bevoegdheid van de algemene vergadering. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 31058, 3, p. 70. Indien het belang van de vennootschap dit vergt, moet m.i. evenwel worden aangenomen dat ook het bestuur – in het kader van de te verlenen goedkeuring – bevoegd is een voorbehoud ten aanzien van het moment van opeisbaarheid te maken. Anders *Kamerstukken II* 2011/12, 31058, 3, p. 72.

28. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 10. Overigens wordt in de desbetreffende passage in de toelichting gesproken over een goedkeuring van het besluit tot uitkering. Zoals uit het bovenstaande blijkt, ben ik van mening dat het voorstel van het bestuur tot uitkering tevens diens goedkeuring behelst.

29. Dit heeft mogelijk ook gevolgen voor de aansprakelijkheid van de accountant. Vgl. HR 9 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194, m.nt. Du Perron, waar het een op advies van de accountant genomen dividendbesluit betrof.

liteit, liquiditeit en rentabiliteit.³⁰ Hoewel dit uit de wet is geschrappt, waarover hierna in par. 4, moet naar ik meen voor wat betreft de omvang van de gebonden reserves echter worden uitgegaan van de vastgestelde jaarrekening aangezien het besluit tot uitkering op basis hiervan is genomen. De geldigheid van het goed te keuren besluit tot uitkering wordt niet beïnvloed door de omvang van de gebonden reserves die blijken uit een latere vermogensopstelling.

Indien uit de in verband met het verlenen van goedkeuring opgestelde tussentijdse vermogensopstelling de gebonden reserves zijn toe- of afgenomen, heeft dit derhalve naar ik meen geen invloed op de uitkeringsvrije ruimte die bij de desbetreffende uitkering in acht moet worden genomen. Eventuele wijzigingen in de vooruitzichten betreffende de financiële gezondheid van de vennootschap die zich na het nemen van het besluit tot uitkering hebben voorgedaan, kunnen wél aan het verlenen van goedkeuring aan het besluit tot uitkering in de weg staan c.q. aanleiding vormen om een verleende goedkeuring in te trekken.

3.3. Vaststelling van de jaarrekening als grond voor opeisbaar worden van het dividend en goedkeuring door het bestuur

Art. 2:216 BW is van regelend recht. Het laat toe dat een ander orgaan dan de algemene vergadering besluit over de vaststelling van – al dan niet nader aangeduide – uitkeringen, maar ook dat de statuten bepalen dat het recht op dividend ontstaat met het vaststellen van de jaarstukken waaruit de (te verdelen) winst blijkt.³¹ Dit geeft aanleiding tot de vraag hoe een dergelijke regeling zich verhoudt tot de voor een besluit tot uitkering vereiste goedkeuring van het bestuur. Deze vraag is bij de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer aan de orde gesteld. Het besluit tot vaststelling van de jaarrekening moet in dit geval, aldus de minister, worden beschouwd als het besluit dat strekt tot uitkering dat onderworpen is aan goedkeuring van het bestuur.³²

Evenals hierboven kan men zich de vraag stellen of hier wordt bedoeld op een separate goedkeuring door het bestuur. Zoals hierboven betoogd komt mij dit gekunsteld voor. Het bestuur stelt immers de vast te stellen jaarrekening op. Licht het dan niet voor de hand om aan te nemen dat hij daarmee (impliciet) goedkeuring heeft verleend voor de vaststelling van de jaarrekening?³³ Het ligt daarom voor de hand dat het bestuur de uitkeringstest zou moeten uitvoeren voorafgaand aan het besluit tot vaststelling van de jaarstukken.

Een en ander komt op scherp te staan indien de financiële situatie van de vennootschap ten tijde van de algemene vergadering waarop over vaststelling moet worden besloten, dan wel het doen van de uitkering, zodanig is verslechterd dat betalingsonmacht van de vennootschap dreigt of zou dreigen bij uitkering van het dividend. Het bestuur moet dan volgens de minister zijn goedkeuring intrekken.³⁴ Dit roept de vraag op of in dat geval – bij de bedoelde statutaire regeling – ook de jaarrekening niet geldt als te zijn vastgesteld. Dit lijkt de logische consequentie te zijn. De goedkeuring van het bestuur is immers in deze visie vereist om het besluit tot vaststelling van de jaarrekening rechtskracht te verlenen.

Volgt men deze gedachtegang, dan zou dit ertoe leiden dat de jaarrekening niet zou kunnen worden vastgesteld – de winst blijkt immers uit de winst- en verliesrekening en het recht op dividend wordt door de statuten met de vaststelling van de jaarstukken gegeven. De voor die vaststelling vereiste goedkeuring mag het bestuur evenwel in de voorliggende casus niet geven. Een wenselijk resultaat kan men dit denk ik niet noemen. Redelijke wetstoepassing brengt mijns inziens veeleer mee dat in dit geval de jaarrekening is c.q. kan worden vastgesteld maar dat desondanks, in weerwil van de statutaire regeling, geen recht op dividend bestaat.³⁵

4. 'Tussentijdse' uitkeringen

Uit art. 2:216 lid 1 BW blijkt dat uitkeringen ook anders kunnen plaatsvinden dan in onmiddellijke samenhang met de vaststelling van de jaarrekening. Deze uitkeringen vinden plaats ten laste van een boekjaar waarvan de jaarrekening nog niet is vastgesteld. In overeenstemming met de gebruikelijke terminologie duid ik deze uitkeringen aan als tussentijdse of interim-uitkeringen. Dit kan betrekking hebben op winst (interim-dividend) of reserves.

De regeling van art. 2:216 BW is ook van toepassing op deze tussentijdse uitkeringen.³⁶ Anders dan onder de oude regeling (en de thans nog geldende regeling voor de N.V.), bevat art. 2:216 BW geen bepalingen meer omtrent interim-dividend. Ook de voorheen in lid 3 opgenomen bepaling dat uitkering van winst geschiedt na vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is, is vervallen. Een tussentijdse uitkering van dividend gold in dit stelsel als een voorlopige uitkering van winst. Indien de winst³⁷ na vaststelling van de jaarrekening over het boekjaar ten laste waarvan de uitkering is gedaan, ontoereikend bleek om de uitkering te dragen, gold de uitkering als onverschuldigd betaald en diende het ontvangen bedrag te worden terugbetaald.³⁸

30. Waarbij ik aanmerk dat naar mijn mening aan laatstgenoemde component minder gewicht toe zal komen dan de twee eerdergenoemde componenten.

31. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 69.

32. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 14.

33. De goedkeuring kan immers ook stilzwijgend worden verleend: *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 11.

34. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 11-12.

35. Terzijde merk ik op dat indien de uitkering van de winst al in de jaarrekening is verwerkt, de jaarrekening m.i. op dit punt gecorrigeerd dient te worden. Zie nader par. 3.1.

36. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 70.

37. En eventuele reserves indien in het besluit tot uitkering van interim-dividend is voorzien dat indien de winst ontoereikend mocht zijn, de uitkering ten laste van vrij uitkeerbare reserves zal worden gebracht.

38. Voor meer details en literatuur verwijs ik de geïnteresseerde lezer naar Huizink, in: *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbladig), art. 105, aant. 3c.

Het is de vraag hoe dit onder het huidige recht is. Opge-merkt kan worden dat voor wat betreft de beoordeling van de toelaatbaarheid van een tussentijdse uitkering hetzelfde geldt als hierboven is besproken ten aanzien van uitkeringen in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening. Dit brengt mee dat ook bij tussentijdse uitkeringen bij aanwezigheid van gebonden reserves moet worden beoordeeld of er voldoende uitkeringsvrije ruimte is. In dit kader bepaalde art. 2:216 lid 1 BW aanvankelijk dat de laatstvastgestelde jaarrekening bepalend is. Deze zinsnede is evenwel bij amendement geschrapt. In de toelichting bij dit amendement is te lezen:

‘Om bijvoorbeeld in een concern aan financieringsbehoef-ten te voldoen, komt het in de praktijk regelmatig voor dat tussentijds uitkeringen worden gedaan. Uit de tekst van het in het wetsvoorstel 31 058 voorgestelde artikel 2:216 lid 1 BW kan worden afgeleid dat de daarin opge-nomen laatste volzin ook van toepassing is op tussentijdse uitkeringen en dat de laatst vastgestelde jaarrekening be-palend is. Hierdoor kan bijvoorbeeld winst gegenereerd in het lopende boekjaar niet worden uitgekeerd, ook niet als de tussentijdse winst bijvoorbeeld uit een tussentijdse vermogensopstelling blijkt. Dit is niet wenselijk. Daarom wordt in onderdeel II van dit amendement voorgesteld om de laatste volzin van artikel 216 lid 1 te laten vervallen. Het wordt aan de vennootschap overge-laten op basis van welk document de uitkering wordt beoordeeld, waarbij het uiteraard voor de hand ligt dat bij de uitkering van winst in het kader van de vaststelling van de jaarrekening de vastgestelde jaarrekening als basis wordt gehanteerd. (...)’³⁹

Deze passage laat er weinig twijfel over bestaan dat de laatstvastgestelde jaarrekening niet langer bepalend is bij de beoordeling of een uitkering is toegestaan of niet. Uit de in de tweede alinea van het citaat opgenomen toevoe-ging dat het aan de vennootschap wordt overgelaten op basis van welk document de uitkering wordt beoordeeld, kan bovendien worden afgeleid dat ook de (nog vast te stellen) jaarrekening over het lopende boekjaar ten laste waarvan de uitkering wordt gedaan, niet langer bepalend is. De tussentijdse uitkering lijkt derhalve niet langer – althans niet per definitie – een voorlopig karakter te hebben.

Dit beeld wordt versterkt door een passage in de parle-mentaire behandeling betreffende interim-dividend. Aan de orde was de vraag of de wet erin zou moeten voorzien dat het bestuur bij het doen van bepaalde uitkeringen nadere voorwaarden kan stellen. De memorie van toelich-ting vermeldt op dit punt:

‘(...) Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de mogelijkheid om bij tussentijdse uitkeringen te bepalen dat het bedrag kan worden teruggevorderd indien achter-af, bij het vaststellen van de jaarrekening, blijkt dat de winst lager is uitgevallen dan ten tijde van de uitkering werd verwacht. Hiervoor is naar mijn mening geen uit-drukkelijke wetsbepaling noodzakelijk. De instemmings-bevoegdheid die het bestuur op grond van lid 2 toekomt, brengt mee dat het bestuur een uitkering ook aan nadere voorwaarden kan onderwerpen.’⁴⁰

Ook dit citaat brengt tot uitdrukking dat tussentijdse uitkeringen in de visie van de minister in beginsel niet langer een voorwaardelijk karakter hebben. De geoor-loofdheid van een tussentijdse uitkering behoeft derhalve, anders dan onder de oude regeling, niet meer per definitie te worden getoetst aan de eerste nadien vastgestelde jaarrekening. Het is weliswaar mogelijk dat een uitkering een voorlopig karakter heeft, maar dan dient dit (impliciet of expliciet) te volgen uit het besluit tot uitkering en/of het besluit tot goedkeuring door het bestuur. Het voor-waardelijk karakter kan overigens mijns inziens ook volgen uit een statutaire regeling omtrent de bevoegdheid te besluiten tot (interim-)uitkeringen.⁴¹ Als regel lijkt echter te moeten worden aangenomen dat een uitkering, met inbegrip van een tussentijdse uitkering, een onvoor-waardelijk karakter heeft.

Voor de goede orde merk ik op dat uit de toelichting bij het voornoemde amendement blijkt dat is beoogd om de mogelijkheid te openen om uitkeringsrestricties voort-vloeiend uit eventuele gebonden reserves die blijken uit de jaarrekening te ecarteren. Dit zou kunnen door deze om te zetten in kapitaal⁴² of mogelijk door de jaarrekening op andere grondslagen op te stellen. Door een vermogens-opstelling van recenter datum op te stellen, zou aldus een verruiming van de mogelijkheid tot uitkering kunnen worden bewerkstelligd. Dit laat echter onverlet dat bij het doen van tussentijdse uitkeringen dezelfde toets moet worden gehanteerd als bij andere uitkeringen. Art. 2:216 BW laat hierover geen misverstand bestaan. Dit brengt mee dat, indien gebruik wordt gemaakt van een andere, meer recente vermogensopstelling, hierin ook eventuele wettelijke en statutaire reserves per de datum van de vermogensopstelling moeten worden opgenomen die bij het besluit tot uitkering – op straffe van nietigheid⁴³ – in acht moeten worden genomen.

5. Afronding

De nieuwe regeling heeft tal van interessante vraagstukken meegebracht die verband houden met besluiten tot uitke-ring bij de B.V. Deze zijn gerelateerd aan het proces van

39. *Kamerstukken II* 2011/12, 32426, 21, p. 1-2.

40. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 70.

41. Zie P.M. van der Zanden & W.J.M. van Veen, a.w. (noot 9), p. 38 (voetnoot 49), die betogen dat indien bijvoorbeeld de beslissing over tussentijdse uitkering van winst is toegekend aan het bestuur maar de algemene vergadering bevoegd is te besluiten over winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening, hieruit kan worden afgeleid dat het bestuur niet bevoegd is te besluiten over definitieve (tussentijdse) uitkeringen. Indien een en hetzelfde orgaan bevoegd is te besluiten over zowel interim- als jaarwinst, ligt het eerder voor de hand om aan te nemen dat ook bij een tussentijdse uitkering sprake is van een definitieve uitkering.

42. Of dit in overeenstemming is met het Europese recht is overigens de vraag. Zie P.M. van der Zanden & W.J.M. van Veen, a.w. (noot 9), p. 37.

43. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 12. Het besluit zou dan volgens de minister bovendien niet vatbaar zijn voor bekrachtiging. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31058/32426, E, p. 14.

vaststelling van de jaarrekening en de betekenis van de jaarrekening bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van uitkeringen.

Ten aanzien van het eerste aspect ligt naar ik meen in de rede dat in een door het bestuur gedaan voorstel tot uitkering als regel zijn goedkeuring met de uitkering besloten geacht kan worden te liggen. Dit brengt dan weer mee dat het dividend dat overeenkomstig het voorstel van het bestuur wordt vastgesteld daarmee ook opeisbaar wordt, behoudens indien op dit punt een voorbehoud is gemaakt. De goedkeuring kan nadien ook worden ingetrokken. Naar ik meen heeft dit echter geen gevolgen voor voordien gedane uitkeringen.

Interessant is ook dat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat indien het voorstel tot uitkering is gedaan in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening en daarin is verwerkt en de jaarrekening is voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring, het bestuur zich als regel kan verlaten op deze verklaring (par. 3.2). Ik ben benieuwd hoe de rechtspraak zich op dit punt zal ontwikkelen.

Voor wat betreft de betekenis van de jaarrekening bij het doen van uitkeringen door de B.V. moet een onderscheid worden gemaakt tussen uitkeringen in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening en andere uitkeringen. Bij een besluit tot uitkering in samenhang met de vaststelling van de jaarrekening is de jaarrekening bepalend, althans met betrekking tot de omvang van de winst die daaruit blijkt en van de gebonden reserves (par. 3.1). Indien na de vaststelling van de jaarrekening het risico dreigt dat – al dan niet door de uitkering – de vennootschap in betalingsonmacht komt te verkeren, zal het bestuur de vermogensopstelling moeten actualiseren om op basis hiervan de gegeven goedkeuring aan de uitkering in heroverweging te nemen. De jaarrekening blijft alsdan naar ik meen bepalend voor de omvang van de gebonden reserves (zie par. 3.2).

Ten aanzien van tussentijdse uitkeringen is uit het wetsvoorstel geschrapt dat voor wat betreft de omvang van de gebonden reserves, de laatstvastgestelde jaarrekening bepalend is. Het staat de vennootschap vrij om een andere, meer recente vermogensopstelling te hanteren. De tussentijdse uitkering heeft voorts – anders dan onder de oude regeling – als regel ook een definitief karakter (par. 4). Niet alleen de laatstvastgestelde, maar ook de nadien vastgestelde jaarrekening zijn niet meer van rechtswege bepalend bij de beoordeling van de geldigheid van tussentijdse uitkeringen of van inkoop van eigen aandelen enz.⁴⁴ Hiermee is in zekere zin – waarschijnlijk onbedoeld – de noodzaak tot het vaststellen van de jaarrekening weggefallen.⁴⁵ De wet verplicht de algemene vergadering immers niet om de jaarrekening vast te stellen.⁴⁶ Of en, zo ja, welke effecten dit zal hebben in de praktijk overzie ik niet, maar de vraag is wel of (ook)

over dit punt voldoende grondig is nagedacht. Het lijdt inmiddels geen twijfel dat de jaarrekening bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van uitkeringen bij de B.V. een beduidend minder prominente rol inneemt dan voorheen het geval was.

44. De statuten zouden mijns inziens eventueel anders kunnen bepalen, bijvoorbeeld dat uitsluitend winst die blijkt uit de vastgestelde jaarrekening voor uitkering vatbaar is.

45. Opgemerkt kan worden dat de wet toelaat dat ook een door het bestuur opgestelde, maar niet-vastgestelde jaarrekening, kan worden gedeponereerd (art. 2:394 lid 2 BW). Overigens speelt het gegeven dat de jaarrekening gedurende enkele jaren niet is vastgesteld, met enige regelmaat een rol bij de toewijzing van een enquête.

46. Dit laat onverlet dat het bestuur de jaarrekening dient op te stellen en ter vaststelling aan de algemene vergadering dient voor te leggen (art. 2:210 BW).